

# Was ist evolutorische Rechtstheorie? –

## dargestellt am Beispiel der Evolution der Vertragsfreiheit\*

von Andreas Abegg\*\*

Die evolutorische Rechtstheorie schließt an zahlreiche Bemühungen seit dem 19. Jahrhundert an, den Ablauf von Veränderungen, genauer: die Herausbildung von Strukturmustern aus blinden Variationen,<sup>1</sup> in einer wissenschaftlichen Theorie zu erfassen. Parallel zur naturwissenschaftlichen Debatte um eine evolutorische Theorie<sup>2</sup> finden sich von Beginn an Versuche, eine entsprechende Theorie auch für die Evolution der Gesellschaft zu entwickeln.<sup>3</sup> Sie nehmen zum Ausgangspunkt, *dass Recht eine Gesellschaft zu verfassen hat, die sich in ihrer Komplexität und ihrem dynamischen Wandel zunehmend radikalisiert*. Besonders augenfällig ist dieser Befund heute im Wirtschaftsrecht, welches sich zu befassen hat einerseits mit der Konstituierung und Absicherung des geplanten laissez-faire der Marktwirtschaftsgesellschaft und andererseits mit den situativen Korrekturen dieses evolvierenden Systems, [436] um die Gesellschaft vor einer überbordenden Marktwirtschaftsrationalität zu schützen.<sup>4</sup> Aber auch

---

\* Dieser Text wurde in der Zeitschrift für Schweizer Recht ZSR 2005 I 435-454 veröffentlicht. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die entsprechende Seitennummerierung.

\*\* Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt (Zürich). Der Autor forscht zurzeit im Rahmen seiner Habilitationsschrift zum Schuldvertrag zwischen Staat und Privaten. Ein Beitrag des Autors zur evolutorischen Analyse des transnationalen Rechtspluralismus im Allgemeinen und des WTO-Rechts im Besonderen erscheint im Januar 2006 im UTB-Taschenbuch „Neue Theorien des Rechts“, hrsg. von Buckel/Christensen/Fischer-Lescano.

<sup>1</sup> GUNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, S. 63.

<sup>2</sup> Grundlegend: CHARLES DARWIN, *On the origin of species by means of natural selection, or: The preservation of favoured races in the struggle for life*, London 1859.

<sup>3</sup> Für die frühe Rechtstheorie vgl. zum Beispiel OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law*, London 1881 und JOHN HENRY WIGMORE, *Problems of the Law's Evolution*, in: *Virginia Law Review* IV (1917), S. 247; für die Sozialwissenschaften grundlegend DONALD T. CAMPBELL, *Variation and Selective Retention in Socio-Cultural Evolution*, in: *General Systems* 14 (1969), S. 69-85.

<sup>4</sup> Umfassend hierzu MARC AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden

in anderen Rechtsbereichen wie zum Beispiel dem Verwaltungsrecht, welchem im Gegensatz zum Wirtschaftsrecht traditionell Beständigkeit attestiert wurde, kann die Stabilität der Rechtsdogmatik, die maßgeblich vom (alt-) liberalen Modell beeinflusst ist und die bürgerlichen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts absichert, nicht mehr aufrecht erhalten werden: Die staatliche Verwaltung ist in zunehmendem Masse aus mannigfaltigen Gründen wie Komplexität und Technizität, Mittelbegrenzung und Privatisierung sowie Globalisierung gezwungen, die Kooperation mit Privaten zu suchen,<sup>5</sup> womit die Legitimation der Verwaltung als traditionell ‚vollziehende Gewalt‘ und damit auch das fundamentale Prinzip des Rechtsstaats zur Debatte steht.<sup>6</sup> Schließlich ist auf die dynamische Entfaltung der sich in zunehmendem Masse verselbstständigenden transnationalen Regimes wie ICANN<sup>7</sup> oder WTO<sup>8</sup> hinzuweisen, welche Rechtslehre und -praxis vor zahlreiche Probleme stellt. In diesem Kontext wird zunehmend gefordert, die Vertragsfreiheit müsse als zentrale Prämisse unserer (Wirtschafts-) Gesellschaft anerkannt werden, denn sie habe – zumindest in verdeckter Weise – schon immer gegolten und schon immer zum richtigen Ergebnis geführt.<sup>9</sup> [437]

---

2001. Zur sogenannten Doppelbewegung des Wirtschaftsrechts: derselbe, S. 16 ff. vor allem mit Verweis auf KARL POLANYI, *The Great Transformation*, Beacon Hill 1957.

<sup>5</sup> Unter vielen vgl. z.B. THOMAS P. MÜLLER, *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft: eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen*, Basel 1997, S. 142 ff.; PEER ZUMBANSSEN, "Spiegelungen von "Staat und Gesellschaft": Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte", in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hg.), *Globalisierung als Problem der Steuerungsfähigkeit des Rechts und der Gerechtigkeit*, ARSP Beiheft 79, S. 13-40, Stuttgart 2001.

<sup>6</sup> EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung", in: Walter Drenseck (Hg.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*, S. 65-78, Köln 2001, S. 75 ff.

<sup>7</sup> GUNTHER TEUBNER/VAIOS KARAVAS, <http://www.CompanyNameSucks.com>: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law, in: *German Law Journal* Vol. 4 No. 12 (2003), S. 1335-1358; VAIOS KARAVAS, *Digitale Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Frankfurt a.M. 2006 (im Erscheinen).

<sup>8</sup> Vgl. ANDREAS FISCHER-LESCANO/GUNTHER TEUBNER, *Regime-Collision: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in: *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), S. 999-1046, m.w.H.

<sup>9</sup> So etwa BURKARD WOLF, *Vertragsfreiheit - das verkannte Verfassungsrecht*, in: *AJP* (2002), S. 8-11; Hofer etwa sucht den Diskurs zur Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert aufzuspüren, als er noch nicht existierte: SIBYLLE HOFER, *Freiheit ohne Grenzen?: privatrechts-theoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001; vgl. hierzu meine Aus-

Eine evolutorische Perspektive ist in dieser Krise deshalb besonders notwendig, weil sie die Kontingenz der Entwicklung thematisiert, d.h. die Bedingungen der Möglichkeiten bei gleichzeitiger Bewahrung der Identität des Rechts, und damit Fragen an die Oberfläche zerzt, die bislang im Positivismus unter der Willkür des Gesetzgebers, der Recht auf die sich verändernde Gesellschaft anzupassen hatte, verschüttet waren. Denn wenn das Recht heute eine in ihrem stetigen Wandel sich radikalisierte Gesellschaft zum Gegenstand hat, braucht es im Recht ein adäquates Instrumentarium, um die Zeitlichkeit von Gesellschaftsstrukturen thematisieren zu können. In Zentrum steht somit die Frage, wie es dazu kommt, dass Recht sich so und nicht anders ändert und dabei gleichzeitig Recht bleibt.<sup>10</sup> Gleichzeitig geht es der evolutorischen Rechtstheorie darum, eine Rechtsmethodik als stabilisierende Struktur zu entwickeln, die an die ständige Ko-Evolution von Gesellschaft und Recht anschließt und damit Selbst- und Fremdreferenz verbindet, um die Gesellschaftsreferenz des Rechts zu steigern.<sup>11</sup> Mit dieser aus der Krise des heutigen Rechts gewonnenen Fragestellung ergibt sich gleichzeitig die Möglichkeit, das Vergangene neu zu ergründen. Trotz aller Vorbehalte gegenüber der Beschreibung vormoderner Gesellschaften mit Hilfe einer auf die Moderne fokussierten Theorie.<sup>12</sup> Inzwischen wurde der Ansatz einer mit Systemtheorie fundierten evolutorischen Rechtstheorie auch für einen rechtshistorischen Gegenstand wie die Evolution des alten Römischen Rechts mit großem Gewinn nutzbar gemacht.<sup>13</sup>

---

fürungen in ANDREAS ABEGG, Besprechung von: Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, in: ZSR 124 (2005), S. 73-81.

<sup>10</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 270 ff.; MARIE THERES FÖGEN, Rechtsgeschichte - Geschichte der Evolution eines sozialen Systems, in: Rechtsgeschichte 1 (2002), S. 14-20.

<sup>11</sup> MARC AMSTUTZ, Widerstreitende Götter - Zu Manfred Aschkes Rekonstruktion der systemsoziologischen Evolutionstheorie und ihrer rechtstheoretischen Bedeutung, in: Rechtsgeschichte 2 (2003), S. 14-24, S. 18.

<sup>12</sup> SIMON ROBERTS, Against a Systemic Legal History, in: Rechtsgeschichte (2002), S. 21-25, S. 22 f.; Teubner weist darauf hin, dass im vormodernen Recht Variation, Selektion und Retention massgeblich endogen orientiert sind: GUNTHER TEUBNER (FN 1), S. 73.

<sup>13</sup> Zum Beispiel MARIE THERES FÖGEN, Römische Rechtsgeschichten über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002; jüngst MARIE THERES FÖGEN, Zufälle, Fälle und Formeln. Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags, in: Rechtsgeschichte 6 (2005).

Bei der Übertragung<sup>14</sup> einer zunächst auf Naturwissenschaften ausgerichteten Theorie wie der Evolutionstheorie auf den sozialen Kommunikationsprozess Recht bietet sich *die Systemtheorie als Theorierahmen* geradezu an. Denn beide sind differenzialistisch und beziehen heute in zentralen Teilen ihr Instrumentarium aus einer der Biologie entstammenden Theorie, der biologischen [438] Systemtheorie nach Maturana und Valera, die die Autopoiese, d.h. die Selbstreproduktion des Lebens durch selbst produzierte Elemente, in den Mittelpunkt stellt.<sup>15</sup> Luhmanns sozialwissenschaftliche Systemtheorie baut hierbei weniger auf Handlungen und Individuen sondern vor allem auf Kommunikation auf und gewinnt damit eine radikalere Sicht auf die Eigenheiten sozialer Prozesse.<sup>16</sup> Insbesondere Teubner übersetzt und entwickelt diesen Gedanken für das gesellschaftliche System Recht.<sup>17</sup>

## Das Modell der evolutorischen Rechtstheorie

### Ausgangspunkte

Der hier vorgestellte Ansatz einer vor allem nach Luhmann *systemtheoretisch fundierten evolutorischen Rechtstheorie*, wie sie etwa von Teubner,

---

<sup>14</sup> Obwohl die biologische Evolution Ähnlichkeit mit der sozialen Evolution aufweist, muss letztere eine eigenständige Konstruktion sein: NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 240. Denn – um ein Beispiel zu nennen – in der gesellschaftlichen Evolution wird beobachtet, dass sich das Soziale der von Darwin beschriebenen Elimination des Unfit widersetzt: AMSTUTZ (FN 4), S. 117 ff.

<sup>15</sup> HUMBERTO ROMECIN MATURANA/FRANCISCO J. VARELA, *Der Baum der Erkenntnis: die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens*, Bern 1987, S. 55 ff.; vgl. LUHMANN (FN 14), S. 240.

<sup>16</sup> NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M. 1987, 191 ff.; NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997, S. 436 f.; FÖGEN (FN 10), S. 14-20, S. 17.

<sup>17</sup> Neben zahlreichen Publikationen immer noch grundlegend: TEUBNER (FN 1). Insbesondere aus dem Bereich von Law and Economics sind interessante Ansätze zu einer Evolutionstheorie zu verzeichnen. Grundlegend PAUL H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient?*, in: *Journal of Legal Studies* 6 (1977), S. 51-63 und GEORGE L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, in: *Journal of Legal Studies* 6 (1977), S. 65-82.

Fögen und Amstutz vertreten wird,<sup>18</sup> geht von der Prämisse aus, dass sich das Recht mit der *gesellschaftlichen Differenzierung* (als Ausdifferenzierung in verschiedene funktionale Teilsysteme der Gesellschaft wie vor allem Recht, Wirtschaft, Politik, Kunst, usw.) beschäftigen muss, will es nicht seine Unwirksamkeit riskieren.<sup>19</sup> Zugleich betont diese systemtheoretische Sicht auf die Gesellschaft (genauer: auf die Kommunikationen, die sich im sozialen System Gesellschaft verdichten) die Selbstreproduktion (*Autopoiesis*) der gesellschaftlichen Subsysteme (wie Recht, Wirtschaft, Politik, Kunst etc.) durch eigene Operationen (im Recht als Kommunikation über Recht / Unrecht), [439] d.h. die Einheit des Systems wird allein durch systemeigene Elemente und Operationen reproduziert. Folglich operiert das System nicht in seiner Umwelt, d.h. es kann sich nicht durch eigene Operationen mit der Umwelt in Verbindung setzen und verfährt mit Umwelteinflüssen nicht nach einem Input-Output-Schema.<sup>20</sup> Auch sind die Wirklichkeiten der anderen Systeme dem beobachtenden System, etwa dem Recht, nicht direkt zugänglich, sondern es reproduziert diese als eigene Wirklichkeit – im Beispiel des Rechts als Rechtswirklichkeit. Passt diese konstruierte Rechtswirklichkeit nicht in die bisherigen rechtseigenen Strukturen oder resultieren daraus Kollisionen mit anderen Subsystemen, kann das Recht dem nur entgehen, indem es seine Ansprüche auf Gesamtkohärenz senkt; das Recht wird unbestimmter, womit es jedoch zu situativer Anpassung fähig wird. Diese Ausdifferenzierung des Rechts führt nun aber zu innerrechtlichen Kollisionen, die sich als ein systeminternes Kollidieren von rechtseigenen Strukturen erweisen. Da damit die Kollision ausdifferenzierter Systeme im Recht abgebildet wird, kann keine vollständige Integration erreicht werden.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Zu nennen ist auch Aschke, der jedoch die Systemtheorie mit Handlungstheorie kombiniert: MANFRED ASCHKE, Kommunikation, Koordination und soziales System - theoretische Grundlagen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft, Stuttgart 2002.

<sup>19</sup> GUNTHER TEUBNER, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes, in: Rechtshistorisches Journal 17 (1998), S. 234-265; AMSTUTZ (FN 4), S. 48 ff.; ASCHKE (FN 18), S. 4 ff.; vgl. auch LUHMANN (FN 14), S. 407 ff. Selbst Fögen befasst sich mit ihren Rechtsgeschichten der Vormoderne mit diesen Berührungspunkten der (hier im Entstehen begriffenen) gesellschaftlichen Subsysteme: FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13) und FÖGEN (FN 10), S. 18.

<sup>20</sup> LUHMANN (FN 14), S. 440 f.; vgl. auch FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13), S. 210 ff.

<sup>21</sup> Amstutz schlägt vor, diesen Konflikt nicht nur auf der Stufe der Normproduktion anzugehen, sondern auch den Geltungsprozess der Norm samt deren Respezifikationen im Ablauf der Zeit einzubeziehen. Dies setzt jedoch die Beschreibung der Normselektion voraus

Aus dieser Kollisionsperspektive folgt, dass eine reine Innenperspektive des Rechts nicht weiterführt, sondern das Recht damit riskieren würde, seine Leistung der gesellschaftlichen Konfliktlösung<sup>22</sup> zu verfehlen. Die Rechtskommunikation muss vielmehr an die sich stetig wandelnde soziale Kommunikation der Gesellschaft angeschlossen werden; das Recht soll *Selbstbeobachtung mit Fremdbeobachtung kombinieren*, also die gesellschaftliche Umwelt im Recht selbst thematisieren. Nicht nur die Anschlussfähigkeit im Recht selbst wird beobachtet, sondern dessen Leistungen für andere Subsysteme werden thematisiert. Dabei darf allerdings das spezifisch rechtliche nicht verloren gehen; die Autonomie muss gewahrt bleiben, denn dem Recht kommt die Aufgabe zu, Konflikte anderer Systeme zu lösen, die diese nicht mit systemeigenen Ressourcen zu lösen vermögen. Gerade deshalb kann das Recht nicht Kriterien der anderen Systeme verwenden, sondern muss Konflikte nach eigenen Kriterien lösen. Es muss also die Leitlinien der Kollision reproduzieren – allerdings nach eigenen Kriterien.<sup>23</sup> [440]

Recht findet nun seinen Gesellschaftsbezug gleichzeitig auf den verschiedenen rechtlichen Ebenen von Rechtsdogmatik, Rechtssoziologie, Rechtstheorie, usw. Wird dies in einem *Modell von Recht-in-Gesellschaft* thematisiert, kann daraus gewonnen werden: eine Selbstbeschreibung des Rechts und eine operative Aussage im Sinne von Orientierungsverhalten (7 ff.) sowie Aussagen zu Geschichte und Methodologie (unmittelbar nachfolgend).

## Die moderne Gesellschaft in ihrem stetigem Wandel

Eine *evolutorische Beschreibung* der Gesellschaft richtet sich gegen das Verständnis von Gesellschaftsprozessen als determinierte Mechanik (Input führt zu entsprechendem Output).<sup>24</sup> In diesem Sinne grenzt sie sich von

---

und wie sich das Recht gegen Verlust seiner Integrität (Autopoiesis) im Prozess solcher Respezifikationen absichert: AMSTUTZ (FN 4), S. 48 ff.

<sup>22</sup> Womit das Recht Verhaltenserwartungen in kontrafaktischer Weise stabilisiert unter Ausnützung des staatlichen Gewaltmonopols: LUHMANN (FN 14), S. 134.

<sup>23</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 53 ff.; MARC AMSTUTZ, "Das Gesetz", in: Peter Gauch/Pascal Pichonnaz (Hg.), Rechtsfiguren: K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier, S. 155-165, Zürich 2003.

<sup>24</sup> LUHMANN (FN 14), S. 243; AMSTUTZ (FN 4), S. 75 ff. Dominant ist dieses mechanische Weltbild immer noch in der Beschreibung des Marktes als isolierte, autarke und ahistorische

evolutionistischen Theorien ab, welche die Evolution mit Fortschritt und Notwendigkeiten gleichsetzen.<sup>25</sup> Die Elemente des Systems bleiben jederzeit flüchtig und instabil; sie schließen an Strukturen weiterhin an oder aber nicht, womit in der Evolutionstheorie auch Strukturen ihre Festigkeit verlieren und der Evolution unterliegen. Im Rechtssystem etwa schließen Operationen, die sich über die Unterscheidung Recht und Unrecht aussprechen, an bestimmte Verfahren an, oder sie tun es nicht. Diese Unruhe des Rechtssystems – so Amstutz – hat ihren Grund darin, dass sich das Rechtssystem mit Ereignissen, die ihm als zufällig erscheinen, auseinander zu setzen hat und dass es sich gleichzeitig selbst reproduzieren muss, d.h. es reproduziert sich aus den gegenwärtigen Elementen. Zudem wird diese Unruhe dadurch verstärkt, dass das System Elemente in diesen Reproduktionsprozess derart einbezieht, dass es sich seine Sicht auf die Umwelt mitkonstruiert.<sup>26</sup> Die Frage ist somit, *wie das Recht mit dieser Systemunruhe und damit den historischen Dimensionen der Gesellschaft umgehen soll*, etwa mit der Dynamik des Marktes oder dem Wandel des Verhältnisses zwischen Staat und selbstorganisierter Gesellschaft. Gerade infolge des sich radikalierenden Wandels der Gesellschaftssysteme verfehlen Ein-für-allemal-Lösungen ihren Gegenstand; es braucht [441] vielmehr evolutorisch geschneiderte Normen, die das Recht aus ihrem vorwiegend noch statisch-mechanischen Weltbild à la Descartes befreien.<sup>27</sup>

---

Prozesse, dass etwa der natürlicher Zustand des Marktes das Gleichgewicht sei, aus welchem sich u.a. auch der "natürliche Preis" aus Angebot und Nachfrage ablesen lasse.

<sup>25</sup> Folglich trifft die Kritik von Gordon, Evolutionstheorien konstruierten die Entwicklung als funktionale Notwendigkeiten, auf die systemtheoretisch fundierte Evolutionstheorie nicht zu: ROBERT W. GORDON, Critical Legal Histories, in: Stanford Law Review 36 (1984), 57-125; ähnlich ERHARD BLANKENBURG, The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law', in: Law and Society Review 18 (1984), S. 273-289; vgl. hierzu TEUBNER (FN 1), S. 62 ff. m.w.H.

<sup>26</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 78 ff.; ähnlich LUHMANN (FN 14), S. 285; LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 430 f.

<sup>27</sup> „Evolution ist kein Planverfahren.“: LUHMANN (FN 14), S. 268; AMSTUTZ (FN 4), S. 81 ff. und 84 f.

## Das operative Modell

### Vorgängertheorien

Zahlreiche Theorien versuchen die *zeitliche Dimension der Gesellschaft* zu erfassen. Die evolutorische Rechtstheorie knüpft an diese Theorien zum Teil an, radikalisiert sie jedoch zugleich.

Bereits *Maine* thematisiert die Evolution des Rechts und versteht sie als Fortschritt in Richtung progressive societies, von status zu contractus.<sup>28</sup> Nach *Max Weber* steht die Unterscheidung von formaler und materialer Rationalität des Rechts im Mittelpunkt. Sobald die Mystik überwunden werde, könne es zum Konflikt zwischen materiellem und formellem Recht kommen, und sobald der Sippenverband verschwunden sei, stünden sich Recht und Ethik, Recht und Politik, Recht und Religion, Recht und Wirtschaft gegenüber. Recht wird hierbei als Medium der gesellschaftlichen Teilordnungen verstanden, weshalb sich deren Ausdifferenzierungen im Recht niederschlagen. Weber erkennt eine Tendenz zur formalen Rationalisierung des Rechts in der abendländischen Rechtskultur. Gleichzeitig bricht er mit Unilinearitäten und stellt die Frage, unter welchen Bedingungen die jeweilige Art von Recht erscheint. Dies verschiebt die historische Determination zu Möglichkeitsräumen; es geht um die Ablösung von Strukturprinzipien.<sup>29</sup>

Wenn diese Ablösung nicht durch Determinierbarkeit beschrieben werden kann, wie kann sie dann beschrieben werden? Eine auf ökonomischen Modellen basierende Evolutionstheorie erklärt dies mit dem *Konzept der Adaption* derart, dass jene Variationen in der Reproduktion bevorzugt werden, die am besten an die Umwelt im Sinne der Effizienz angepasst sind (survival of the fittest).<sup>30</sup> Hier entsteht jedoch für das Recht ein Paradox: Wenn das Recht umweltabhängig ist (Sein), verliert es seine Eigenart (das Sollen). Das Problem akzentuiert sich unter systemtheoretischem Blickwinkel: Recht erbringt seinen Umweltsystemen die Leistung, Konflikte zu lösen, die in diesen Subsystemen nicht durch systemeigene Mittel gelöst werden können, wobei Verhaltenserwartungen unter Ausnützung des staatlichen Gewaltmonopols in [442] kontrafaktischer Weise stabilisiert

---

<sup>28</sup> HENRY SUMNER MAINE, *Ancient law: Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London, 1861.

<sup>29</sup> MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1980/1921-1925, S. 468 ff.; siehe hierzu AMSTUTZ (FN 4), S. 97 ff.

<sup>30</sup> PRIEST (FN 17); RUBIN (FN 17).



werden.<sup>31</sup> Um dies zu tun, muss das Recht die Konflikte nach eigener Logik bearbeiten, denn würde es die Konflikte nach Art der Subsysteme rekonstruieren, wären sie ja gerade nicht lösbar. Nach der rechtlichen Bearbeitung des Konflikts lösen die Subsysteme den ursprünglichen Konflikt nun dadurch, dass sie der vom Recht vorgegebenen Lösung nachleben, ohne sie wiederum nachzukonstruieren. Dies führt zum Zwischenfazit, dass das Konzept der Adaption mit einem Konzept ergänzt werden muss, das die Erhaltung der *Autopoiesis* und damit die Erhaltung des normativen Propriums des Rechts thematisiert.<sup>32</sup>

Für *Luhmann* ergibt sich die Evolution aus dem Verhältnis System / Umwelt. Damit ist Evolution aus sich selbst heraus oder allein von Außen angestoßen ausgeschlossen. Evolution ist vielmehr eine Komplexitätssteigerung der Subsysteme, womit diese auf die Veränderungen in der Umwelt reagieren. Im Sinne eines ersten Überblicks kann das Modell des evolutorischen Theorie folgendermaßen dargestellt werden: Die Evolution in den Subsystemen der Gesellschaft allgemein erfolgt mittels Variation (als Herstellung neuer Varianten für die Selektion, d.h. als Bereitstellen neuer Elemente), Selektion (als Bestätigung bisheriger Strukturelemente oder als Auswahl – durch Variation veranlasster – neuer Elemente) und Retention (als Stabilisierung tauglicher Elemente und Strukturen und somit als Voraussetzung neuer Variation) und im Rechtssystem – in nuce – durch Normativität (Variation), Verfahren (Selektion) und Rechtsdogmatik (Stabilisierung). Hiermit ist das Recht in der Evolution weitgehend unabhängig von der Gesellschaft, d.h. die *Evolution findet im System statt, ohne dass jedoch der Einfluss der Gesellschaft auf das Recht (als order from noise) geleugnet würde*; das Paradox der Evolution bei gleichzeitiger Selbsterhaltung ist entfaltet.<sup>33</sup> Amstutz weist in diesem Zusammenhang auf die evolutionsgestaltende Kraft der Systeme hin; Systeme nehmen Einfluss auf ihre Umwelt, welche wiederum Einfluss auf die Evolution des Systems nimmt. In diesem Sinne gestalten Systeme ihre Umwelt aktiv mit und können auf diese einwirken, womit die *wechselseitige Konstituierung (co-*

---

<sup>31</sup> LUHMANN (FN 14), S. 134. Kontrafaktisch ist diese Stabilisierung deshalb, weil die symbolisch generalisierte Erwartungen auch im Enttäuschungsfall aufrechterhalten werden. Hieraus resultiert eine so genannte Zeitbindung: LUHMANN (FN 14), S. 130 f.

<sup>32</sup> TEUBNER (FN 1), S. 72 ff.; AMSTUTZ (FN 4), S. 101 ff.

<sup>33</sup> LUHMANN (FN 14), S. 239 ff., vor allem S. 288; LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 416 ff., v.a. 451 ff.; so auch TEUBNER (FN 1), S. 72.

*constructing*) von *System und Umwelt* ins Zentrum der Aufmerksamkeit rückt.<sup>34</sup> [443]

### Die Evolutionsfähigkeit des Rechts

Trotz gewisser Vorbehalte gegenüber den erläuterten darwinistischen Modellen – mit dem Grundraster von Variation / Selektion / Retention lässt sich ohne Bezug auf ontologische Notwendigkeiten, absichtlichen Plan oder universelles Gesetz die *Nichtbeliebigkeit der Verknüpfungen von Recht und gesellschaftlichen Formationen in ihrer zeitlichen Dynamik* erklären.<sup>35</sup> In diesem Sinne bedeutet dann Variation im Kern, dass modifizierte Rechtskommunikation eine Änderung der Elemente von Rechtsstrukturen ermöglicht. Diese Änderung in den Elementen der Rechtsstrukturen erfolgt durch verschiedenartigen Selektionsdruck aus der Umwelt des Rechts, womit sich schließlich eine taugliche (oder im Extremfall die ‚fitteste‘) Variation durchsetzt. Die Selektion als Ausbildung neuer Elemente oder als Bestätigung der bisherigen Elemente muss sich sodann in der Zukunft bewähren; in der Ausformulierung als Rechtskonzept oder Rechtsnorm muss sie durch Einpassung in die Eigenheiten und die Systematik des Rechts stabilisiert werden (Retention). Als *Beispiel* kann mit diesem Instrumentarium die Evolution der Vertragsfreiheit in der Schweiz, die bereits seit 1881 über eine privatrechtliche Kodifikation verfügt, wie folgt in gebotener Kürze beschrieben werden: Die Vertragsfreiheit als Grundlage des bürgerlichen Schuldvertragsrecht wird erstmals am Ende des 19. Jahrhunderts diskutiert, als inhaltliche Eingriffe der Politik in das wirtschaftsorientierte Schuldvertragsrecht als unumgänglich erscheinen. Die Variationen im Rechtsdiskurs reichen von der Aufhebung der Vertragsfreiheit bis hin zur Vertragsfreiheit als Grundrecht oder Prinzip.<sup>36</sup> In den Gerichtsfällen schlägt sich diese Diskussion zum Beispiel in der Frage nieder, ob Normen zwingend oder dispositiv seien, oder ob die Generalklausel der Sitten-

---

<sup>34</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 112 ff. Kuchler weist allerdings darauf hin, dass mit Luhmanns Theorie die Übergänge von einer Differenzierungsform (segmentäre, stratifikatorische und funktionale Differenzierung) in die andere nicht erklären kann: BARBARA KUCHLER, Das Problem des Übergangs in Luhmanns Evolutionstheorie, in: Soziale Systeme 9 (2003), S. 27-53.

<sup>35</sup> FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13), S. 17; FÖGEN (FN 10).

<sup>36</sup> Vgl. etwa Menger und Gierke auf der einen und Baron auf der anderen Seite: HOFER (FN 9), m.w.H.

widrigkeit weiter zu fassen sei (Variation).<sup>37</sup> Als sich der politische Interventionismus vor allem durch die Gesetzgebung von zwingenden Schuldvertragsrechtsnormen realisiert, kann sich die Vertragsfreiheit als Gegenpool zwar nicht als Grundrecht im Sinne eines Abwehrrechts gegenüber dem Staat, aber als ein privatrechtliches Prinzip in der Rechtsdogmatik festsetzen – in der Schweiz 1912 explizit in der Privatrechtskodifikation selbst (Art. 19 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts). Als Gegenprinzip zum privatrechteigenen [444] Interventionismus repräsentiert die Vertragsfreiheit exakt dem Umstand, dass trotz Interventionismus das Schuldvertragsrecht weiterhin den freien selbstregulierten Binnenmarkt verfassen soll (Selektion). Im Sinne dieser Doppelbewegung (Polanyi) wird das Prinzip der Vertragsfreiheit sodann zunehmend in die Privatrechtsdogmatik eingewoben, die wohlgemerkt bis dahin Prinzipien im Regelsystem der Privatrechtskodifikation ablehnte (Retention).<sup>38</sup>

Das Grundkonzept von Variation / Selektion / Retention ist mit der evolutivischen Rechtstheorie weiter zu verfeinern: *Variation* in der Kommunikation über Recht erscheint, wenn diese Kommunikation über Recht in Rechtsfällen dem Druck ausgesetzt wird, sich auf Umweltveränderungen neu anzupassen, wobei *Variationen vor allem am Ort struktureller Kopplungen vom Recht angestoßen werden*, zum Beispiel im Gerichtsverfahren, im Gesetzgebungsprozess oder im wissenschaftlichen Diskurs.<sup>39</sup> Variation

---

<sup>37</sup> Illustrativ die Fallsammlung zum alten schweizerischen Obligationenrecht von 1881 in ALBERT SCHNEIDER/H. FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Zürich 1893, v.a. zu Art. 17 (Sittenwidrigkeit), 242 (Gewährpflicht des arglistigen Verkäufers) und 341 (Lohn des Arbeitnehmers bei Krankheit und Militärdienst).

<sup>38</sup> Zum Ganzen ANDREAS ABEGG, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (2004), S. 197-208 und JOACHIM RÜCKERT, "Verfassungen und Vertragsfreiheit", in: Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hg.), Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie, S. 165-196, Frankfurt a.M. 1999; zum Thema Prinzipien im BGB vgl. JOACHIM RÜCKERT, "Das BGB und seine Prinzipien", in: Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, zweites Kapitel, Tübingen 2003.

<sup>39</sup> FÖGEN, Vertrag (FN 13); zum Begriff der strukturellen Kopplung siehe sogleich 12; AMSTUTZ (FN 11), S. 14-24, S. 23 f.; vgl. LUHMANN (FN 14), S. 257 ff., va. 278 und 285: „Das ‚Rauschen‘ der Politik wird zu einem weiteren, heute wohl schon vorherrschenden Variationsanlass.“ Deakin weist darauf hin, dass die ‚fitteste‘ Variation als Norm wiederum von der Rechtsumwelt als Information aufgenommen wird, womit eine Feedback-Schleife entsteht: SIMON DEAKIN, Evolution for our Time: A Theory of Legal Memetics, in: Current Legal Problems 55 (2002), S. 1-42, S. 22 f.

besteht in einer unerwarteten Mitteilung entgegen aller Erwartungen oder im unerwarteten Nichtakzeptieren des Erwarteten.<sup>40</sup> Gould radikalisiert diesen Gedanken und weist für die naturwissenschaftliche Evolutionstheorie darauf hin, dass Variationen nicht gleichförmig und graduell erscheinen, sondern vor allem durch unerwartete oder gar skandalöse Ereignisse erzeugt werden, die die Möglichkeit eigentlicher evolutorischer Sprünge (*jumps*) verursachen. Dieser kaum mehr bestrittene *Punktualismus* wird auf die evolutorische Rechtstheorie übertragen: In Momenten unerwarteter oder skandalöser Ereignisse eröffnet sich eine Vielzahl von möglichen Optionen, wie sich die Elemente der Rechtsstrukturen im Lichte der veränderten Umwelt aktualisieren können (im Sinne von *Kontingenz*), was sich von Beliebigkeit ebenso wie von Vorbestimmung [445] abgrenzt.<sup>41</sup> So erscheinen im obigen *Beispiel Variationen zum Thema Vertragsfreiheit* im Rechtsdiskurs tatsächlich erst dann in maßgeblicher Weise um 1900, als das bisherige liberalbürgerliche System des Schuldvertragsrechts, das sich ganz auf das Wirtschaftssystem des freien Binnenmarktes ausrichtete und von staatlicher und moralischer Intervention weitgehend entlastet war, in der Folge von anhaltender Wirtschaftskrise und ‚Hungererfahrung‘ ins Visier der Politik gerät.<sup>42</sup>

Evolution wird – wie bereits erwähnt – nicht einseitig von Außen angestoßen, sondern spielt sich in einem komplexen Prozess der Ko-Evolution zwischen verschiedenen sozialen Systemen ab. Bis heute liegen verschiedene Erklärungen vor, wie Ko-Evolution strukturiert ist, wobei nachfolgend das m.E. anschluss- und ausbaufähigste Konzept der *Ko-Evolution am Ort*

---

<sup>40</sup> LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 459 ff.; Fögen fasst den Begriff der Variation trefflich als „Negation eines traditionellen Sinnangebots“: FÖGEN, Vertrag (FN 13).

<sup>41</sup> LUHMANN (FN 14), S. 243; FÖGEN (FN 10); MARC AMSTUTZ, "Die Verfassung von Vertragsverbindungen", in: Marc Amstutz (Hg.), Die vernetzte Wirtschaft, S. 45-86, Zürich 2004, S. 55 ff.; Fögen prägt für die jumps den treffenden Begriff der Sensationsgeschichten und bezeichnet den Punktualismus Goulds als „attraktiven, womöglich auch sozialwissenschaftlich gangbaren dritten Weg“: FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13), S. 16 und 18 f.; Luhmann weist darauf hin, dass in der modernen Gesellschaft der Punktualismus durch die Massenmedien, die vornehmlich über abweichende Variationen berichten, radikalisiert wird: LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 474.

<sup>42</sup> Zum Ganzen vgl. meine Ausführungen in ANDREAS ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich 2004 m.w.H.; zahlreiche prägnante Beispiele für den Punktualismus finden sich bei FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13).

der *strukturellen Kopplung* in ihren Grundzügen vorgestellt wird.<sup>43</sup> Wenn ein System dauerhaft Eigenschaften in seiner Umwelt voraussetzt und sich auf ihre Stabilität derart verlässt, dass es seine eigenen Strukturen an sie anschließt und damit in einem Mindestmass an die Umwelt angepasst ist, spricht man von einer strukturellen Kopplung.<sup>44</sup> So koppelt das Recht seine Strukturen etwa mittels Vertrag vor allem an die Wirtschaft und mittels Gesetzgebung vor allem an die Politik. Mit dem Vertrag erhält das Recht von der Wirtschaft (und anderen Systemen, die sich des Vertrags bedienen) das Fallmaterial geliefert, um seine Leistung als konfliktsschlichtende Instanz zu erbringen,<sup>45</sup> während die Wirtschaft ihre Transaktionen an den Vertrag [446] anschließen kann, um sie zu stabilisieren.<sup>46</sup> Von der Politik erhält das Recht in der Form des Gesetzes die Symbolik der Rechtsdurchsetzung – und dies seit der Positivierung unter Aufrechterhaltung der rechtslegitimierenden Distanz zur herrschenden Gewalt.<sup>47</sup> Aufgrund von Störungen / Reizungen, die das System nur am Ort der strukturellen Kopplung produktiv wahrnimmt, kann es Operationen einsetzen sowie Strukturen anpassen. Die internen Systemmöglichkeiten, auf Umweltvorgänge zu reagieren, sind in der strukturellen Koppelung gespeichert. Andere Einflüsse auf das System sind entweder destruktiv oder sie berühren das System nicht.<sup>48</sup> Das System, das selbst in einem Mindestmass an seine Umwelt angepasst sein muss, kann nun in hohem Maß auf Veränderungen der Umwelt reagieren, indem es seine Einwirkungen auf die Umwelt an den Rückwirkungen, denen es selbst am Ort der strukturellen Kopplung ausgesetzt ist, kontrolliert. Es kann somit der Umwelt im Allgemeinen und der

---

<sup>43</sup> Als weitere Konzepte der Ko-Evolution seien zudem erwähnt: die Hutterischen Konversationskreise bei AMSTUTZ (FN 4), S. 207 ff., sowie die Ko-Evolution gemäss Chaostheorie: ROBERT WEIMAR/GUIDO LEIDIG, *Evolution, Kultur und Rechtssystem: Beiträge zur new political ecology*, Frankfurt am Main 2002, S. 45 ff.

<sup>44</sup> Während LUHMANN die strukturelle Kopplung als Voraussetzung der Evolutionsfähigkeit versteht, unterliegt sie nach Amstutz der Evolution: AMSTUTZ (FN 11). Auch Aschke sucht (mit der Hilfe einer direkten Verbindung zwischen Kommunikationssystem und Bewusstseinssystem, die füreinander Selektionsumfelder darstellen) die strukturelle Kopplung als evolutorische Errungenschaft darzustellen: ASCHKE (FN 18), vor allem S. 161 ff. sowie AMSTUTZ (FN 11). Siehe zudem die Kritik von KUCHLER (FN 34).

<sup>45</sup> Oben S. 8.

<sup>46</sup> Zur Funktion der Konfliktschlichtung siehe oben S. 4 ff.; zur strukturellen Kopplung Vertrag siehe TEUBNER (FN 19).

<sup>47</sup> AMSTUTZ (FN 23), S. 163.

<sup>48</sup> LUHMANN (FN 14), S. 443 ff.; AMSTUTZ (FN 41), S. 166 ff.

Autonomie und operativen Geschlossenheit seiner Ko-Systeme im Besonderen Rechnung tragen, indem es sich dank der strukturellen Kopplung als System erkennt, das sich in der Umwelt anderer Systeme befindet. Am Ort der strukturellen Kopplung erkennt sich das Recht somit als System in einer Umwelt evolutorischer Systeme, die ihrerseits auf das evolutorische System Recht reagieren; Evolutionen in dem einen System lösen evolutorische Suchbewegungen in den gekoppelten Systemen aus, die jeweils ihre eigene systemadäquate Kompatibilisierung mit ihrer Umwelt neu austarieren müssen.<sup>49</sup> Um eine solche Kompatibilisierung zu erreichen, kann das System durchaus Strukturen anderer Systeme wie vor allem Selektions- oder Stabilisierungskriterien im eigenen System rekonstruieren.<sup>50</sup> Ein andauernder komplexer Prozess der Ko-Evolution von Systemen ist die Folge, der erst zu einer temporären stasis kommt, wenn die gekoppelten Systeme wechselseitig relativ stabile Strukturen im Hinblick auf die veränderte Umwelt entwickelt haben.<sup>51</sup> Für das *Beispiel der Vertragsfreiheit* ist in diesem Sinn – wiederum in gebotener Kürze – von Interesse, dass die schweizerischen Gerichte bereits vor und ganz besonders nach der Einführung des liberalen [447] Obligationenrechts von 1881 mit Hilfe von Generalklauseln die Grenzen der auf Selbstorganisation gestellten Wirtschaft abstecken – allerdings primär um die wirtschaftliche Freiheit des Marktteilnehmers als Voraussetzung der selbstorganisierten Wirtschaft auf Dauer zu sichern.<sup>52</sup> Mit der Katastrophe der Wirtschaftskrise von 1883 erscheint jedoch auf dem Bildschirm des Rechts, vor allem erfasst an den Orten der strukturellen Kopplung, immer vehementer die Forderung, auch die Umwelt der selbstorganisierten Wirtschaft (primär den Arbeiter in seiner physischen und psychischen Existenz sowie die Existenz und Integrität der Familie) vor deren Übergriffen zu schützen: So werden mit wissen-

---

<sup>49</sup> Dieser Gedanke geht vor allem zurück auf das Red Queen Paradox: LEIGH VAN VALEN, A New Evolutionary Law, in: Evolutionary Theory 1 (1973), S. 1-30.

<sup>50</sup> GUNTHER TEUBNER, Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism, in: Soziale Systeme 5 (1999), S. 7-25.

<sup>51</sup> LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 433 f.; GUNTHER TEUBNER, "Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes", in: Günter Dux/Frank Welz (Hg.), Moral und Recht im Diskurs der Moderne, S. 351-380, Opladen 2001, S. 373 ff.; AMSTUTZ (FN 41), S. 166 f.

<sup>52</sup> Vgl. die Rechtssprechungskommentierung von SCHNEIDER/FICK (FN 37) zu Art. 17 des alten schweizerischen OR (aOR) sowie BGE 27 II 120 (1901).

schaftlichen Darstellungen,<sup>53</sup> mit rechtspolitischen Postulaten und mit der Kodifikation von Art. 19 OR<sup>54</sup> sowie mit entsprechenden Gerichtsfällen<sup>55</sup> rechtsinterne Variationen zum Problem der individuellen Freiheit und ihrer Grenzen im Teilrechtsbereich des Schuldvertragsrechts angestoßen. Von zentraler Bedeutung für die Ko-Evolution des Rechts mit seinen Umweltsystemen ist, dass nun die Politik, die sich im Konzept des liberalen Schuldvertragsrechts auf eine Beobachterposition zurückgezogen hatte, die vom Liberalismus gemachten und nicht gehaltenen Versprechen (Wachstum, Vollbeschäftigung, Stabilität) übernimmt und mittels Gesetzesinterventionismus umsetzen will – und dies bei gleichzeitiger Erhaltung des Prinzips der Selbstregulierung des Wirtschaftssystems. Es ist dabei interessant, wie neben die bereits mit dem liberalen Modell ins Privatrecht eingebauten Normselektionsmechanismen der Effizienz<sup>56</sup> nun Selektionsmechanismen der Politik treten, mit welchen die Rechtssprechung darauf verpflichtet wird, politische Normzweckprogramme zu berücksichtigen.<sup>57</sup> In diesem Sinne kann im Moment der Emergenz der Vertragsfreiheit eine Ko-Evolution des politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Systems in der Frage der Anpassung der [448] liberalen Marktgesellschaft an die neuen Gesellschaftsbedingungen beobachtet werden, die an den Orten der strukturellen Kopplung nach der je systemeigenen Rationalität abgeglichen wird<sup>58</sup> und ferner durch die Abbildung von Strukturen gefördert wird.

---

<sup>53</sup> Vgl. zum Beispiel die zahlreichen Schriften Lotmars, neu gesammelt in PHILIPP LOTMAR, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1992/1898-1915 und PHILIPP LOTMAR, Der Arbeitsvertrag, Berlin 2001/1902.

<sup>54</sup> Vgl. auch die Botschaft des schweizerischen Bundesrats zum Entwurf des Bundesgesetzes zum Versicherungsvertrag, BBl 1904 I 241, S. 262, wo die Einschränkung der Vertragsfreiheit als Ausgleich zur Kartellbildung gesehen wird.

<sup>55</sup> Siehe oben S. 10, FN 37.

<sup>56</sup> Dispositive Normen müssen, um von der Wirtschaft überhaupt benützt zu werden, die Effizienz im Wirtschaftssystem fördern. Die Gerichte berücksichtigen dies in der Frage des Anwendungsbereichs einer Norm. In diesem Sinn muss das Privatrecht Selektionskriterien der Wirtschaft im eigenen System abbilden, um für das Wirtschaftssystem anschlussfähig zu sein.

<sup>57</sup> Vor allem indem Recht den Selektionsmechanismus 'Zweckprogramm' von der Politik übernimmt, respektive in rechtseigener Weise rekonstruiert: vgl. grundlegend RUDOLF VON JHERING, Der Zweck im Recht, Leipzig 1916. Zu denken ist ferner an die vermehrt eingeführten Generalklauseln: grundlegend bereits WEBER (FN 29), S. 389.

<sup>58</sup> Vor allem im Gesetz als Kopplung zwischen Politik und Recht sowie mittels Vertrag und anlässlich von Gerichtsfällen als Kopplungen zwischen Recht und Wirtschaft.

Amstutz kritisiert am darwinschen Konzept, dass die Evolution primär von äußeren Faktoren angetrieben wird und keine internen Kriterien bereitstehen, um die möglichen Evolutionspfade, die zu einem aktuellen Ergebnis geführt haben, einzuschränken.<sup>59</sup> Wie oben erwähnt geben bereits Luhmann und Teubner den zentralen Hinweis darauf, dass in sozialen Systemen die *Selektion* innerhalb des Systems stattfindet: Der vom Recht als Rechtsfall rekonstruierte Lebenssachverhalt wird an den bisher stabilisierten Regeln gemessen. Entweder wird der Fall unter die bisherigen, stabilisierten Regeln subsumiert, oder es müssen Variationen der bisherigen Regeln selektiert und auf den Fall angewandt werden.<sup>60</sup> Variationen im positiven Recht werden nach den rechtseigenen Kriterien selektiert, wobei die Vornahme von Selektionen durch die organisierte Gerichtsbarkeit und vor allem dem Justizverweigerungsverbot gefördert wird.<sup>61</sup> Abweichungen haben keine Schwierigkeiten sich durchzusetzen, wenn sie den besonderen Konditionen des Rechts für Selektionen genügen – also z.B. Variationen ausgelöst im Gesetzgebungsverfahren, wenn sie den Rechtsregeln des Gesetzgebungsverfahrens entsprechen oder Variationen ausgelöst in der Rechtssprechung wenn sie den Rechtsregeln der richterlichen Rechtsfindung entsprechen.<sup>62</sup>

Mit den Theorien von Gould detailliert Amstutz den evolutorischen Mechanismus mit endogenen Faktoren insofern, als er nach dem *Wirkungs-ort* (*agency*) fragt, wo die evolutorischen Kräfte Wirkung entfalten. Für das soziale System Recht im Besonderen stellt sich hier die zentrale Frage, wie sich Recht [449] (und spezifisch: der jeweilige Teilrechtsbereich) gleich-

---

<sup>59</sup> MARC AMSTUTZ, Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie - Anmerkungen zum Theorierahmen von Marie Theres Fögens Forschungsprogramm, in: Rechtsgeschichte (2002), S. 26-31, S. 27 ff.

<sup>60</sup> TEUBNER (FN 1), S. 72 ff.; LUHMANN (FN 14), S. 272; kritisch hierzu MANFRED ASCHKE, Evolutionstheorie für das Recht der Marktgesellschaft: Zu Marc Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht., in: Rechtsgeschichte 2 (2003), S. 25-38, S. 35 f. Luhmann weist darauf hin, dass Selektionen kaum je mit der einzuschlagenden evolutorischen Richtung begründet werden. Einerseits können so Selektionen auch bei starren Selbstorganisationen wie dem Recht erleichtert werden. Andererseits ist Evolution auf Variationen im Überschuss angewiesen, weshalb die direkte Verknüpfung zur Selektion vermieden werde, um das Enttäuschungsrisiko der Variationen bildenden Kommunikationen gering zu halten: LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 463.

<sup>61</sup> FÖGEN, Vertrag (FN 13); MARIE THERES FÖGEN, "Schrittmacher des Rechts. Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot", in: Heinrich Honsell/Roger Zäch (Hg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, S. 3-20, Basel 2004.

<sup>62</sup> LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 482 f. und 357.



zeitig seine spezifisch rechtliche Eigenart erhalten kann und sich an (veränderte) Umwelt anpassen kann, um die rechtsspezifische Dienstleistung der Konfliktlösung für die Gesellschaft erbringen zu können.<sup>63</sup> Denn die Leistung von Recht für seine Umweltsysteme besteht wie erwähnt darin, dass es Konflikte, die in den jeweiligen Systemen nicht lösbar sind, in die eigene Rationalität überträgt und nach dieser löst.<sup>64</sup> Die Antwort – mit Bezug auf die Theorie von S.A. Kauffman<sup>65</sup> – ist in nuce, dass im Vorgang der Selektion einerseits externe Anstöße am Ort der strukturellen Kopplung und andererseits innere Organisation zusammentreffen müssen.<sup>66</sup> Die interne Teilrechtsorganisation, die diese Evolution als ‚*unit of selection*‘ unter Erhaltung der Eigenrationalität erst ermöglicht, ist mit der jeweiligen Ausdifferenzierung der Gesellschaft zwangsgekoppelt, denn das Recht als Ganzes könnte diese Anpassungsleistung nicht erfüllen.<sup>67</sup> Die dem Teilrechtsbereich entsprechende teilordnungsspezifische Rationalität stellt gleichzeitig die Autopoiesis des Rechts sicher sowie die Konsistenz innerhalb der Teilordnung her; d.h. die Elemente der Teilordnung werden im Hinblick auf die gesellschaftsgerichtete Aufgabe verknüpft und die Teilordnung in dieser Weise bis zu einem gewissen Grad evolutionsresistent (*Stasis*) gemacht. Diese Verknüpfungen bilden somit einen *Rahmen für die Evolution, die äußerste Formbarkeit (law of forms)*. Die Elemente der Teilrechtsordnung sind dagegen offen für Perturbationen von Außen und bilden entsprechend diesen Perturbationen Variationen.<sup>68</sup> Auch diese Konzepte der agency und der inneren Organisation als Voraussetzung der Selektion lassen sich am *Beispiel der Vertragsfreiheit* illustrieren: Der um 1900 einsetzende Diskurs um die Vertragsfreiheit betrifft nur oder zumindest primär

---

<sup>63</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 290 ff.; AMSTUTZ (FN 59), S. 27 ff.; AMSTUTZ (FN 11).

<sup>64</sup> GUNTHER TEUBNER/PEER ZUMBANSEN, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), S. 189-215; AMSTUTZ (FN 23), S. 160 f.; zur Funktion der Konfliktlösung vgl. oben S. 8.

<sup>65</sup> STUART ALAN KAUFFMAN, The origins of order self-organization and selection in evolution, New York 1993; STUART ALAN KAUFFMAN, At home in the universe: the search for laws of self-organization and complexity, New York 1995; STUART ALAN KAUFFMAN, Investigations, Oxford 2000.

<sup>66</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 290 ff.; FÖGEN, Vertrag (FN 13); ähnlich auch ALAN WATSON, The Evolution of Western Private Law, Baltimore 2001, S. 264 f.

<sup>67</sup> LUHMANN (FN 14), S. 281; so auch AMSTUTZ (FN 4), S. 290 ff. und WATSON (FN 66), S. 264; kritisch dazu ASCHKE (FN 60), S. 34 f.

<sup>68</sup> TEUBNER (FN 1), S. 75; AMSTUTZ (FN 4), S. 290 ff.; AMSTUTZ (FN 59), S. 27 ff.; AMSTUTZ (FN 11), S. 21 ff.

das Schuldvertragsrecht als Teilrechtsorganisation. Das Schuldvertragsrecht ist im altliberalen System eng mit dem selbstorganisierten Binnenmarkt als Teilbereich des Wirtschaftssystems gekoppelt, indem das Schuldvertragsrecht bei der (Re-) Konstruktion des Vertragsinhalts eng an die [450] Kommunikation der Wirtschaft anschliesst. Zwingende Normen, mit welchen sich das Schuldvertragsrecht mit dem politischen System koppeln würde, gibt es dagegen, wie sich anhand des schweizerischen OR von 1881 zeigt, nicht.<sup>69</sup> Die konkrete Rationalität des Schuldvertragsrechts im altliberalen System besteht im Wesentlichen darin, dass sich die (mit Zwang unterlegte) Regel ‚pacta sunt servanda‘ mit der freien Willenseinigung der Parteien legitimiert. Diese teilrechtsspezifische Rationalität sowie die bestehende Kopplung mit der Wirtschaft mittels Vertrag bilden den Rahmen (oder: die äußere Form) für die Evolution. Die Elemente des Schuldvertragsrechts wie etwa die konkret anzuwendenden Normen und die inhaltliche Konstruktion der Generalklauseln, die bislang fast allein mit Wirtschaftsbezug gefüllt wurden, bleiben in diesem altliberalen System dagegen sensibel für Variationen.<sup>70</sup>

Da die in den Strukturen (als Kommunikation steuernde Erwartungen) des Rechts gespeicherte Information als Resultat vergangener Selektionen mehr über die bisherige als über die zukünftige Evolution aussagt, ist davor zu warnen, Rechtsfiguren als unmittelbar *funktional* zu aktuellen Umweltbezügen zu denken.<sup>71</sup> Ähnlich wie Gene – so Deakin – sind auch Rechtskonzepte in einem hohen Grad änderungsresistent. Unter Selektionsdruck werden vor allem Nebenprodukte anderer Adaptionen verwendet (*exaptation*) oder eher Änderungen im Inhalt dieser Figuren gemacht (*bricolage*), als dass grundlegende Neuerungen veranlasst würden.<sup>72</sup> Im Ergebnis ergibt sich somit eine differenzierte theoretische Grundlage für Effekte, die zurzeit vermehrt unter dem Titel der Pfadabhängigkeit diskutiert werden.<sup>73</sup> Im *Beispiel der Emergenz der Vertragsfreiheit* lässt sich

---

<sup>69</sup> Um 1900 war jedoch zunehmend umstritten, ob gewissen Normen ein zwingender Charakter zukommt: ABEGG (FN 42), S. 61 ff. m.w.H.

<sup>70</sup> ABEGG (FN 42), m.w.H.

<sup>71</sup> Van Valen zeigte für die Biologie, dass Systeme mit längerer Evolutionsgeschichte nicht besser, sondern schlechter an die Umwelt adaptiert sind: VAN VALEN (FN 49).

<sup>72</sup> DEAKIN (FN 39), S. 7 ff., 13 f. und 22; vgl. hierzu auch WATSON (FN 66), S. 265, der auf die zentrale Bedeutung der Übernahme fremder Rechtskonzepte hinweist.

<sup>73</sup> Hierzu nun mit teilweise evolutionstheoretischem Ansatz PEER ZUMBANSEN, Innovation und Pfadabhängigkeit: Das Recht der Unternehmensverfassung in der Wissensgesellschaft, (im Erscheinen) 2005, S. 114 ff. und OONA A. HATHAWAY, Path Dependence in the Law:

tatsächlich das um 1900 neu selektierte Prinzip der Vertragsfreiheit in der Form vor allem auf die frühe Kodifikation des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 zurückverfolgen.<sup>74</sup> In den späteren Kodifikationen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wie beim schweizerischen Obligationenrecht von 1881 und beim deutschen [451] Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896 ist man sich dagegen „nach dem Fall der metaphysischen Systeme des deutschen Idealismus“ des Inhalts zentraler Prinzipien unsicher geworden; geregelt werden soll durch prinzipielle Normen, d.h. konkreten Normen mit Prinzipienhintergrund, nicht aber nach Prinzipiennormen, die durch allgemeine Grundsätze unsicheren Interpretationsspielraum in die Kodifikation hineinbringen würden.<sup>75</sup> Somit handelt es sich bei der Vertragsfreiheit um eine Wiedereinführung der Form des Prinzips in das bürgerliche Kodifikationsrecht im Sinne der Exaptation, d.h. um die Verwendung eines evolutorischen Nebenprodukts früherer Kodifikationen. Was den Inhalt des Prinzips der Vertragsfreiheit betrifft, könnte man diese Emergenz mit dem Konzept der Bricolage beschreiben, denn dem bisherigen Prinzip der privaten Willkür des Wirtschaftsteilnehmers, die im Vertragsschluss quasi automatisch zur Gerechtigkeit führt, wurden andere Kontextvorgaben gegenübergestellt wie zunächst vor allem die Existenz der Familie und die Wahrung der physischen und psychischen Existenz des Menschen.<sup>76</sup>

Mit der Anpassung des Rechts an die evolutorische Komplexität der Umwelt stellt sich wie erwähnt die zentrale Frage, wie Recht bei dieser spiegelbildlichen aber rechtseigenen Komplexitätssteigerung seine Eigenrationalität beibehält und gleichzeitig seine Leistung attraktiv erhält, für

---

The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System, in: Iowa Law Review 86 (2001), S. 101-165.

<sup>74</sup> Siehe vor allem unter dem Titel Quelle des Rechts; § 83: „Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freyheit, sein eignes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.“

<sup>75</sup> Zum Ganzen RÜCKERT (FN 38), vor allem N 31 ff.

<sup>76</sup> Exemplarisch für die Entwicklung ist Art. 19 des schweizerischen Obligationenrechts (OR), der in der Revision von 1905-1911 eingeführt wurde: (1) Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden. (2) Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schließt. Vgl. hierzu m.w.H. ANDREAS ABEGG, Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR - eine historisch evolutorische Perspektive, in: AJP (2005), S. 1113-1125.

andere Subsysteme Konflikte zu lösen, die in den jeweiligen Referenzsystemen unlösbar bleiben und deren Erwartungen in kontrafaktischer Weise zu stabilisieren.<sup>77</sup> Teilweise wird diese Frage bereits durch das Grundkonzept der *stasis* (*Restabilisierung, Trägheit*) beantwortet, wobei allerdings erst das Konzept der *constraints* eine detailliertere Erklärung liefert: Es wird beobachtet, dass einer erfolgten Selektion in der Regel längere Phasen der *stasis* folgen, während welcher die durch Selektion gewonnene Strukturveränderung stabilisiert wird, und dass solche Phasen von *stasis* eines Sozialsystems zusammen mit *stasis* in der Umwelt des Sozialsystems auftreten, bevor Veränderungen in der Umwelt des Systems neue Schübe von Variation erzeugen (so genannte jumps). Indem Selektionen – d.h. innovative Strukturänderungen ebenso wie auch die Ablehnung von Neuerungen – mit der Autopoiese des Systems und den weiteren Strukturen des Systems kompatibelisiert werden müssen, werden allerdings [452] Restabilisierungen selbst zu einem Hauptauslöser erneuter Folgen von Variationen / Selektionen / Retention. Zudem wird die *stasis* als Folge der Restabilisierung zum Systemgedächtnis für das Bekannte und Normale und damit Voraussetzung für neue Variationen.<sup>78</sup> Während Fögen mit zahlreichen Beispielen aus der vormodernen Rechtsgeschichte auf die stabilisierende Wirkung von Autoritäten, Geheimhaltung, Ritualen und Formalismen hinweist, deutet Luhmann für das ausdifferenzierte Rechtssystem auf die Bedeutung der systematisierenden Dogmatik bei der Retention neu gewonnener Selektion hin.<sup>79</sup> Auch Gould stellt mit dem Begriff der *efficacy* (im Sinne von Wirkungskraft) die darwinsche Prämisse in Frage, die Evolution gehe in stetiger Weise durch äußere Selektion vor sich. Richtig sei vielmehr, dass einerseits *innere Zwänge* (*constraints*) des Bauplans des Organismus die Selektion einschränken würden und andererseits – wie bereits erwähnt – die Evolution in Entwicklungsschüben vor sich gehe, vor allem zu Beginn einer Speziesentwicklung und wenn die Population noch klein und abgeschlossen von Kontakten zu anderen Spezies sei. Nach solchen Entwicklungsschüben ergäben sich lange Phasen von Stagnation – trotz massiv verändernder Umwelt (z.B. Eiszeiten). Dies führt zur These, dass sich der Organismus aktiv gegen die Veränderung stemmt (genetische *Homöostasis*), respektive der Veränderung wiederum durch *constraints*

---

<sup>77</sup> TEUBNER (FN 1), S. 75; LUHMANN (FN 14), S. 272; vgl. auch oben S. 8.

<sup>78</sup> LUHMANN, Gesellschaft (FN 16), S. 428, 470 f. und 485 ff.; FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13), S. 142 f.; AMSTUTZ (FN 4), S. 270 ff.

<sup>79</sup> LUHMANN (FN 14), S. 274; FÖGEN, Rechtsgeschichten (FN 13), S. 142 f.; FÖGEN, Vertrag (FN 13).

Grenzen gesetzt sind. Auch die Evolution des Rechts kann so beschrieben werden, dass constraints aus der historischen Abfolge (Historizismus) oder strukturellen Gründen (laws of form) die Selektion beschränken.<sup>80</sup> So können bestimmte Strukturveränderungen einen so genannten ‚lock in‘ erzeugen, d.h. es bestehen große Hindernisse, um eine weitere bestimmte Strukturänderung zu erwirken.<sup>81</sup> Eine entsprechende Sicht auf die evolutorische *stasis der Vertragsfreiheit* [453] im 20. Jahrhundert fehlt bis heute und kann hier auch nicht geleistet werden.<sup>82</sup> Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass nach der Emergenz der Vertragsfreiheit in der Tat eine Phase ausgeprägter *stasis* beobachtet werden kann. Mit der paradoxen Formulierung der ‚beliebigen Vertragsinhaltsgestaltungsfreiheit innerhalb den Schranken des Gesetzes‘<sup>83</sup> wird die Vertragsfreiheit im 20. Jahrhundert zunehmend in die Privatrechtsdogmatik des Sozialstaats eingewoben und auf diese Weise stabilisiert,<sup>84</sup> wobei in jüngster Zeit durch die Wirtschaft vermehrte Irritationen erzeugt werden, die sich am Ort der strukturellen Kopplungen ablesen lassen als ‚Vertragsfreiheit als Grundrecht‘ oder als zumindest als privatrechtliches ‚Oberprinzip‘ im Schuldvertragsrecht.<sup>85</sup>

*Was ist nun mit der evolutorischen Rechtstheorie gewonnen, insbesondere für die eingangs erwähnten dringenden aktuellen Fragestellungen?* Es ist offensichtlich, dass sich dieses Theoriekonzept für Fragestellungen der heutigen Rechtsentwicklung besonders gut eignet, da es die *Konstanz des dynamischen Wandels der Gesellschaft mit geeigneter Terminologie und dem auf Zeitlichkeit ausgerichteten Theoriekonzept* erfassen und verarbeiten kann. Zudem gereicht einer systemtheorieorientierten Evolutionstheorie

---

<sup>80</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 270 ff.; zum Historizismus als theoretisches Modell siehe oben II.2; zu laws of forms siehe oben II.3.b), bei FN 68.

<sup>81</sup> DEAKIN (FN 39), S. 7 ff.

<sup>82</sup> Ansätze hierzu in ABEGG (FN 42), S. 298 ff. und ABEGG (FN 76).

<sup>83</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 OR (siehe FN 74). In dieser paradoxen Formulierung kann Polanyis Doppelbewegung wiedererkannt werden: MARC AMSTUTZ, "Historizismus im Wirtschaftsrecht", in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, S. 9-29, Zürich 2002 und ABEGG (FN 38).

<sup>84</sup> Vgl. etwa die frühe pragmatische Rechtssprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Konkurrenzverbot: unter vielen BGE 25 II 877 (1899); 40 II 240 (1914); 51 II 300 (1925). Vgl. zudem die programmatische Entscheidung des deutschen Verfassungsgerichts 81, 242 (Handelsvertreter).

<sup>85</sup> Z.B. WOLF (FN 9); differenzierter hierzu RÜCKERT (FN 38).

gerade zum Vorteil, was ihr zuweilen vorgeworfen wird.<sup>86</sup> Indem sie die Konzepte Hierarchie und Herrschaft, beides zentrale Begriffe der politischen und sozialen Theorie, durch die *funktionale Ausdifferenzierung* der Gesellschaft in autonome Teilsysteme der Gesellschaft ersetzt, erhält sie das Instrumentarium, die neuartigen heterarchischen und netzwerkartigen Strukturbildungen zu beschreiben. Und nachdem also die Systemtheorie bereits die Willkür und Autonomie (herrschender) Individuen ersetzt hat durch einen Blick auf die Eigenheiten und Zwänge sozialer Kommunikation, wird mit der evolutorischen Rechtstheorie der Fokus auf *die Willkür des Gesetzgebers ersetzt durch die Kontingenz und Gesetzmäßigkeiten der evolutorischen Entwicklung*, die gegenüber neuen empirisch und evolutorisch gewonnenen Erkenntnissen offen stehen. Denn das Naturrecht und der an den Nationalstaat gebundene Positivismus verschleiern die evolutorischen Strukturen des Rechts, indem Recht eng mit Macht verknüpft wird: Bei Naturrecht wird Gott, beim Positivismus dem Gesetzgeber aufgetragen, verschiedene Positionen durch Rechtssetzung autoritativ zu schlichten und dieses Recht durchzusetzen. Demgegenüber vermag die Anbindung des Rechts an die Zeitumstände (Geschichte) und Situationen (Formen) Willkür zu verhindern. Dadurch, dass das Recht seine beschränkte Evolution zur Gesellschaftsregelung zur Verfügung stellt und für evolutorisch errungene institutionelle Erkenntnisse offen bleibt, wird Willkür gerade verhindert.<sup>87</sup> [454]

## Zusammenfassung

Neben der bekannten naturwissenschaftlichen Evolutionstheorie hat sich von Beginn an eine entsprechende Theorie für die Evolution der Gesellschaft im Allgemeinen und für die Evolution von Recht im Speziellen entwickelt. Da die evolutorische Rechtstheorie davon ausgeht, dass Recht eine Gesellschaft zu verfassen hat, die sich in ihrer Komplexität und ihrem dynamischen Wandel zunehmend radikalisiert, eignet sie sich heute mehr denn je zur Beschreibung von Recht und seinen Funktionen in der Gesellschaft. Der vorliegende Beitrag erläutert die Ausgangspunkte sowie das operative Modell der neueren evolutorischen Rechtstheorie am Beispiel der Vertragsfreiheit und kommt zum Schluss, dass sie die Konstanz des

---

<sup>86</sup> ROBERTS (FN 12), S. 21.

<sup>87</sup> AMSTUTZ (FN 4), S. 270 ff.; AMSTUTZ (FN 80), S. 28 f.

dynamischen Wandels der Gesellschaft mit geeigneter Terminologie und dem auf Zeitlichkeit ausgerichteten Theoriekonzept erfassen und verarbeiten kann. Indem sie den Fokus auf die Willkür des Gesetzgebers durch die Kontingenz und die Gesetzmäßigkeiten der evolutorischen Entwicklung ersetzt und damit gegenüber neuen empirisch und evolutorisch gewonnenen Erkenntnissen offen bleibt, eignet sie sich in besonderem Mass, aktuelle Problemstellungen wie die heterarchischen und netzwerkartigen Strukturbildungen des zunehmenden Rechtspluralismus zu beschreiben.